

El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sobre las personas con discapacidad

The Right to Life when it is Fragile as a Demand for Justice: the Perspective offered by Wrongful Birth and Wrongful Life Actions on People with Disabilities

Ana-Paz GARIBO PEYRÓ

Profesora Contratada Doctora

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0002-5957-6624>

a.paz.garibo@uv.es

RECIBIDO: 02/11/2019 / ACEPTADO: 12/03/2020

Resumen: En el presente trabajo me propongo reflexionar acerca del incuestionable respeto que merece la vida especialmente vulnerable, como lo es la de los *nascituri* que padecen algún tipo de discapacidad. Este respeto constituiría una exigencia básica del contenido de la justicia. La reflexión se realiza en el contexto de dos pretendidos nuevos derechos a que han dado lugar las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* originadas en la jurisprudencia anglosajona: se trata del derecho a no nacer (o quizá siendo más precisos, el derecho a no haber nacido) y del derecho a no nacer con limitaciones físicas o psíquicas relevantes.

Palabras clave: Wrongful life, wrongful birth, discapacidad, aborto eugenésico.

Abstract: In the present work I propose to reflect on the unquestionable respect that especially vulnerable life deserves, such as that of the *Nascituri* who suffer from some type of disability. This respect would constitute a basic requirement of the content of justice. The reflection is made in the context of two alleged new rights to which the so-called wrongful birth and wrongful life actions originated in Anglo-Saxon jurisprudence have given rise: it is about the right not to be born (or perhaps more precisely, the right not to have been born) and the right not to be born with relevant physical or mental limitations.

Keywords: Wrongful life, wrongful birth, disability, eugenic abortion.

I. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO A LA VIDA COMO SUSTRATO ONTOLÓGICO DE TODOS LOS DEMÁS DERECHOS

S olemos decir que el Derecho es el instrumento a través del cual se realiza, o debería realizarse, la Justicia. Ésta aparecería como el fin del Derecho. Pues bien, la Justicia como fin del Derecho se identifica con la realización de los valores fundamentales de la libertad y la igualdad.

Ello viene a constituir el contenido básico del Derecho natural en sentido clásico y por tanto el fin último al que debe tender todo Derecho positivo. En la actualidad la garantía de esos valores constituye el contenido básico de las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. De modo que existe en la actualidad un consenso acerca de que los derechos humanos expresan el contenido mínimo de justicia exigible, y ello es así porque estos concretan las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad entre los seres humanos¹.

Pues bien, en todas las declaraciones universales y tratados internacionales de derechos humanos, el derecho a la vida aparece siempre en lugar preminente, normalmente como el primero del elenco de derechos. En efecto, comencemos por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su artículo 3.º dice que «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», después de haber afirmado en el artículo 1 que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» y de proclamar el principio de igualdad en el artículo 2². Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6.1, que es el que comienza el elenco de derechos individuales, declara: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

El artículo 6.1 de la Convención sobre los derechos del Niño dice: «Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida».

Especialmente destacable es la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, cuyo artículo 10, que también inicia el elenco de derechos en este documento, establece: «Derecho a la vida: Los Estados

¹ Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, P., «Diálogo intercultural y universalidad de los derechos», en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, Año V, n.º 28 (julio-diciembre de 2011).

² Artículo 2 de la DUDH: «1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás»³.

Creo que todas las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos comienzan los listados de derechos con el derecho a la vida porque es el sustrato sobre el que se sustentan los demás derechos, siendo la condición necesaria para su existencia. El respeto incondicionado a la vida de las personas, de todas las personas con independencia de sus condiciones, debe considerarse como una exigencia básica de justicia.

He destacado el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por tratarse de un instrumento vinculante de derechos humanos que se refiere a un colectivo específico de seres humanos, en concreto a los que están afectados por algún tipo de discapacidad. Son ya muchos los tratados que afectan no a todos los seres humanos, sino a un grupo particular, respondiendo así al llamado proceso de especificación de los derechos humanos, sobre el que más adelante nos detendremos brevemente. La razón de ser de estos instrumentos se halla en la necesidad de proteger específicamente a estos grupos de personas porque su fragilidad y especial vulnerabilidad ha sido la causa de su marginación así como de la violación sistemática de sus derechos. Se pretende con ello superar la injusticia histórica que han venido sufriendo.

Pues bien, a pesar de lo hasta aquí esbozado, creo que las acciones llamadas de *wrongful birth* y de *wrongful life*, surgidas en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona, han introducido la idea de que la vida de las personas con discapacidad pueda ser considerada como un daño moral y provocar un daño patrimonial, ambos resarcibles. La idea de la vida como daño, entrañaría en el fondo la concepción de estas vidas como menos valiosas, inferiores o despreciables, justificando así su eliminación y vulnerando el principio básico de justicia que enunciaba líneas arriba.

³ Un interesante estudio de esta Convención se puede consultar en CARDONA LLORENS, J. y SAN-JOSÉ GIL, A., «Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», en FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 163-204.

II. SOBRE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y DE *WRONGFUL LIFE*

Veamos en primer lugar qué se entiende por acciones de *wrongful birth* y acciones de *wrongful life*, sobre las que la doctrina española se viene ocupando desde hace ya algún tiempo.

Las acciones de *wrongful birth* hacen referencia a las demandas interpuestas por los padres de niños nacidos con alguna anomalía o discapacidad, contra el médico o el personal sanitario que, o bien no propuso la realización de las pruebas diagnósticas indicadas, o bien no detectó en un diagnóstico prenatal la afección que padecía el feto, o bien, habiéndola detectado, no lo comunicó a los padres tempestivamente, para que ellos (o ella) pudieran tomar la decisión informada de no continuar adelante con el embarazo, en aquellos supuestos en los que la legislación permite el llamado aborto eugenésico. En estas demandas se solicita una indemnización por el daño moral y económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de alguna enfermedad o anomalía congénita.

Por su parte, en las acciones de *wrongful life*, es el propio hijo nacido con alguna enfermedad o anomalía genética quien ejercita la acción por sí mismo o por medio de sus representantes legales –que suelen ser los propios padres– contra el médico o personal médico que, por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres, permitieron su nacimiento, pues de haberlo sabido, los padres (o la madre) hubieran optado por interrumpir el embarazo⁴.

La doctrina se ha ocupado de individuar los requisitos necesarios para que estas acciones prosperen. A juicio de Macía Morillo serían los siguientes⁵. En primer lugar, que las enfermedades o defectos graves que padezca el embrión o feto, aun cuando se hubiesen diagnosticado tempestivamente, no tengan cura en el estado actual de la ciencia. Se requiere también la existencia de técnicas y medios suficientes para realizar un diagnóstico correcto de la enfermedad o defec-

⁴ Cfr. EMALDI CIRIÓN, A., *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 237 y ss. Ver también MACÍA MORILLO, A., «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*», *Revista de Derecho*, n.º 27 (Barranquilla, 2007). En cuanto a la definición de estas acciones consúltese también MACÍA MORILLO, A., «Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid AFDUAM*, 10 (2006), pp. 75 y ss.

⁵ MACÍA MORILLO, A., «El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo», *RJUAM*, n.º 23 (2011-I), pp. 85 y ss.

tos en el lugar y tiempo, pero que, sin embargo, no se haya hecho el diagnóstico correcto o habiéndolo hecho no se haya comunicado a tiempo. Y por último, que en el ordenamiento jurídico exista la facultad de interrumpir el embarazo de forma general o bien por motivo embriopático, es decir, en este último caso, que el ordenamiento contemple la posibilidad del aborto eugenésico.

Llegados a este punto, considero que es de interés detenerse unos instantes en la traducción al castellano de estas acciones denominadas comúnmente en inglés al proceder de la jurisprudencia anglosajona fundamentalmente. No deja de ser curioso el hecho de que la doctrina en castellano que se ocupa del tema traduzca estos términos como «nacimiento erróneo» y «vida errónea» respectivamente. Resulta bastante inquietante que una vida, o el nacimiento de un ser humano puedan ser considerados como erróneos, pero es que la traducción no es exactamente correcta. La primera acepción de *wrongful* en todos los diccionarios bilingües inglés-español que he consultado⁶ es «injusto». Otras acepciones serían: ilegal, improcedente, arbitrario. Estaríamos por tanto ante vidas o nacimientos considerados injustos. La carga semántica de injusto, iniustum, esto es, contrario a Derecho, parece mucho mayor que la de simplemente erróneo. Desde una concepción del Derecho como no discriminación y no violencia, tal como lo concibe Ballesteros⁷, considerar como «contraria a derecho» cualquier vida humana, con independencia de cuales sean sus condiciones, es algo que resulta difícil de aceptar.

La cuestión que quiero plantear es: ¿se puede considerar el nacimiento de una persona o la vida de una persona como «injusta» por el hecho de que padezca algún tipo de discapacidad, hasta el punto de considerarlas como un daño moral y patrimonial resarcible? O yendo más allá todavía, ¿se puede considerar injusta una vida con discapacidad hasta el punto de que el Derecho ampare su eliminación? O, por el contrario, ¿lo justo no sería precisamente que el Derecho no desproteja estas vidas?

⁶ He consultado esta entrada en los siguientes diccionarios *on line*: Wordreference, véase <http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=wrongful>; Oxford, véase <https://es.oxforddictionaries.com/traducir/ingles-espanol/wrongful>; Cambridge, véase <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/wrongful>; Collins, véase <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles-espanol/wrongful> (última consulta en todos los diccionarios 21 de junio de 2018). Por otra parte la acepción de la palabra en lengua inglesa confirma el sentido de esta traducción. Así según el diccionario Oxford de lengua inglesa, *wrongful* significa: (*of an act*) *not fair, just, or legal*. Véase <https://en.oxforddictionaries.com/definition/wrongful>

⁷ BALLESTEROS, J., «El Derecho como no discriminación y no violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 17 (1973-1974), pp. 159-166.

1. *Jurisprudencia internacional y nacional*

¿Cómo han respondido los Tribunales ante estas demandas?,

Se puede decir que, como norma general, los Tribunales suelen admitir las demandas de *wrongful birth* y rechazar las de *wrongful life*⁸.

Sin embargo, hay que reseñar que en algunos Estados de los **Estados Unidos**, ya desde los años 70, o en **Francia** posteriormente, se han admitido y estimado demandas de *wrongful life*. Especialmente relevante fue la sentencia dictada en Francia por la Court de Cassation, en el año 2000, en el caso Perruche, en la que se estimaba, por primera vez en este país, una acción de *wrongful life*, la interpuesta por los padres de Nicolas Perruche, en nombre y representación de este último, contra el médico y el laboratorio que no detectaron en las pruebas que llevaron a cabo las graves anomalías que padecía Nicolás. Bastantes años atrás, en 1982, The Court of Appeal británica había fundado en razones éticas y legales su sentencia desestimatoria de una demanda idéntica, en el caso McKay and Another v. Essex Area Health Authority and Another⁹.

En España, en la práctica judicial este tipo de demandas ha ido aumentando paulatinamente. Los Tribunales suelen estimar las demandas de *wrongful birth* pero, sin embargo, hasta el presente, no ha habido ninguna resolución sobre las acciones de *wrongful life* por la dificultad de imputar el daño que pueda suponer una vida enferma a la actuación del médico o personal sanitario. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal no ha sido uniforme, sino que ha ido oscilando y cambiando constantemente de postura en torno a dos cuestiones fundamentalmente: a) en torno a la consideración o no de la vida del nacido con algún tipo de discapacidad como un daño resarcible,

⁸ Las dos primeras sentencias de wrongful life en EEUU fueron Gleitman vs. Cosgrove en 1967 y Jacobs vs. Theimer en 1975. Ver al respecto APARISI MIRALLES, A., «Dignidad humana y nuevos derechos», en SANTOS, J. A.; ALBERT, M. y HERMIDA, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, p. 67. Sobre el origen de las acciones de wrongful birth consúltase: MONCADA MIRANDA, A.; AEDO BARRERA, C. y COLEMAN VEGA, L., «Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno», *Revista Ius et Praxis*, año 21, n.º 1 (2015), pp. 22 y ss.; VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente», en REDS, n.º 3 (septiembre-diciembre 2013), pp. 42 y ss; MACIA MORILLO, A., «Una visión general...», *op. cit.*, p. 67.

⁹ McKay and Another v. Essex Area Health Authority and Another (1982) 1 Q.B. 1166. Un comentario sobre estas dos sentencias en MORRIS, A. y SAINTIER, S., «To be or not to be: is that the question? Wrongful life and Misconceptions», *Medical Law Review*, 11 (Summer 2003), Oxford University Press 2003, pp. 167-193.

y b) en torno a la existencia o no de relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes del personal médico de realizar las pruebas pertinentes al *nasciturus* e informar correctamente de ello a los padres por una parte, y la privación de la facultad de interrumpir el embarazo por otra, considerando en este caso esa privación como el daño a indemnizar.

Brevemente, en cuanto a la primera cuestión, no me cabe duda de que plantear la vida de una persona discapacitada como un daño es radicalmente contraria a Derecho. En cuanto a la segunda cuestión, entiendo que plantear como derecho la posibilidad de decidir eliminar una vida porque sea «defectuosa», es decir el aborto eugenésico, también debe ser entendida como contraria a Derecho.

De la antes mencionada jurisprudencia española me he ocupado ya en otro trabajo¹⁰, pero aquí solo citaré las sentencias más importantes que se han dictado hasta el momento, salvo error u omisión: La STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610)¹¹; La STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/748)¹²; la STS de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/ 5216)¹³; La STS de 18 de diciembre de 2003¹⁴; la STS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10149); la STS de 19 de junio de 2007¹⁵; La STS de 23 de noviembre de 2007; la STS de 31 de mayo de 2011; La última sentencia del Tribunal Supremo sobre demandas de *wrongful birth* es de 15 de septiembre de 2015.

¹⁰ «La vida como daño en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*. La necesidad de una nueva actitud del dolor y la vulnerabilidad», *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, coordinado por Francisco Javier de Lucas Martín, Ernesto Jaime Vidal Gil, Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, Vicente Bellver Capella, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 2, 2018, pp. 1555-1574.

¹¹ Esta sentencia ha sido analizada por DE VERDA, J. R. y CHAPARRO, P., en «Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto», *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º 17 (enero 2014). La postura de estos autores es clara: «En nuestra opinión el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia», ver p. 279.

¹² Esta sentencia ha sido estudiada por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10 (1999).

¹³ Esta sentencia ha sido ampliamente analizada y comentada por MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., en «Comentario a las STS 7.6.2002», *CCJC*, n.º 60/2002.

¹⁴ Sobre esta sentencia consúltese MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003», *InDret, Working Paper*, n.º 217, Barcelona, abril de 2004.

¹⁵ DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P., «Responsabilidad civil médica...», *op. cit.*, p. 286.

III. A PROPÓSITO DE LA VIDA CON DISCAPACIDAD SE PRETENDEN ARTICULAR DOS NUEVOS DERECHOS

Las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life* plantean problemas en todos los ámbitos, tanto en el moral y ético como en el ideológico, filosófico o religioso. En las mismas, como acertadamente dice Paños Pérez, «se intuye la idea de la vida per se como daño indemnizable, provocando así un polémico debate sobre la ponderación de la vida del nasciturus como bien constitucionalmente protegido y los derechos a la salud, la dignidad y la autodeterminación de la mujer»¹⁶, y lo que es más grave, plantean una cuestión central como es la pretendida existencia de «un derecho a no nacer» (aunque quizá sea más exacto plantearlo como «un derecho a no haber nacido», como ha dicho algún autor¹⁷) o de un «derecho a nacer sin limitaciones físicas o psíquicas relevantes», como puso de manifiesto el Comité Consultivo de Ética francés en su informe relativo al «caso Perruche»¹⁸.

La doctrina, obviamente, no es ajena a las implicaciones morales derivadas de este tipo de acciones por responsabilidad, sin embargo, la mayor parte

¹⁶ PAÑOS PÉREZ, A., «Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life», *Diario La Ley*, n.º 8396, Sección doctrina, 10 de octubre de 2014.

¹⁷ VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth...», *op. cit.*, p. 42 (en el pie de p. n.º 5).

¹⁸ En 1982 Josette Perruche dio a luz un niño con severos trastornos. Durante el embarazo y dado que su hija mayor había contraído la rubeola, pidió que se le hicieran las pruebas pertinentes para comprobar si ella se había contagiado y podía de este modo perjudicar al feto, advirtiéndole que en este último caso no seguiría adelante con el embarazo. El médico y el laboratorio que le hicieron las pruebas concluyeron, erróneamente, que el feto estaba bien y la señora Perruche siguió adelante con la gestación dando posteriormente a luz un hijo, Nicolás, que como hemos dicho padece graves anomalías. En 1992 el matrimonio Perruche demandó a los responsables del error médico y obtuvieron una indemnización por los daños causados a ellos mismos. Poco después interpusieron otra demanda, esta vez en nombre y representación de su hijo Nicolás, pidiendo que se reconociera a éste último como perjudicado por el error médico que había impedido que su madre lo abortara. La demanda no prosperó en primera instancia, pero finalmente, el 17 de noviembre de 2000, la Corte de Casación francesa estimó la demanda, fallando una indemnización a favor de Nicolas Perruche. Era la primera vez que el más alto Tribunal francés estimaba una demanda de wrongful life y sentaba con ello un precedente que causó gran revuelo en la sociedad francesa. Por una parte se dispararon este tipo de demandas, produciéndose algunos fallos en el mismo sentido del caso Perruche y por otra se elevaron protestas por parte de los colectivos médicos afectados, que manifestaron que ello les inducía a recomendar el aborto ante cualquier duda para evitar su responsabilidad. El gobierno del socialista Jospin se apresuró a promulgar una ley el 4 de marzo de 2002 que estableció que no se podía reparar por el perjuicio de haber nacido. Sobre el caso Perruche consúltese: LECLERC, H., «Interrogation autor de l'arrêt Perruche», en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3 (2002); BERNARDINI, M. G., «Wrongful life action: l'azione in tema di nascita indesiderata», *Annali dell'Università di Ferrara*, Sez. V, vol. XXII (2008), pp. 241 y ss.

de los autores que se han dedicado a las mismas han utilizado un enfoque de carácter técnico. En ese sentido, se consideran las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* como nuevas pretensiones de reparación de daños aparecidas como consecuencia de la evolución del concepto de responsabilidad civil. Pero algunos autores sí que han entrado en consideraciones más profundas de la meramente formal, y aunque bien es cierto que se muestran partidarios de considerar la vida como daño, no dejan de llegar al fondo poniendo el dedo en la llaga de la cuestión: «cuando una vida se convierte en un tormento, en un sufrimiento inagotable, ¿estamos, en realidad, hablando de una vida que merezca la pena ser vivida? ¿No es más cierto que defender por encima de toda otra consideración a la vida desemboca en actitudes absolutistas y de intolerancia?»¹⁹. Afirmaciones de este tipo nos llevan a plantearnos cuestiones de calado: ¿tiene sentido toda vida? ¿Es acaso absolutista e intolerante sostener que toda vida humana merece la pena ser vivida, incluso en las condiciones más trágicas o deplorables? ¿Es absolutista o intolerante sostener que toda vida debe ser respetada?

Tengamos en cuenta, además, que las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*, en muchos casos se refieren a nacimientos de personas con síndrome de Down y sería inadecuado calificar a las personas que tienen esta discapacidad como casos en los que se padezca un tormento o un sufrimiento inagotable²⁰.

Son muchas las cuestiones de técnica jurídica que se plantean y hay que abordar, tales como la identificación del bien jurídico o del derecho protegido y vulnerado; la determinación del nexo causal entre la praxis médica y el resultado de daño, la determinación y cuantificación del daño moral y daño económico; etc. Pero me parecen más interesantes las dificultades que se le plantean a la ética y a la filosofía del derecho en relación con estas demandas. De entre ellas me interesaría hacer referencia las dos apuntadas anteriormente y que son cuestiones centrales: la pretendida existencia de un «derecho a no haber nacido» y la de un «derecho a nacer sin limitaciones físicas o psíquicas relevantes».

¹⁹ ROMERO COLOMA, A. M., «Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad médica), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722 (2010), p. 2591.

²⁰ Cfr. BELLVER CAPELLA, V., «El consejo genético antenatal: derechos y buenas prácticas», en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Hacia una nueva medicina: consejo genético*, Comares, 2014, pp. 81 y 82.

1. *Sobre un pretendido derecho a no haber nacido*

Recordemos el artículo 15 de la CE que reconoce el derecho a la vida, y la jurisprudencia del Constitucional (STC de 11 de abril de 1985) que califica la vida como «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional», como un «valor fundamental», o como un «valor central».

Consecuentemente con ello deberíamos plantearnos lo siguiente: si admitimos un derecho a «no nacer» ¿sería ello considerar también la no existencia, la no vida, como un valor superior, fundamental o central?

Tengamos en cuenta además que, como ha puesto de manifiesto Emaldi Cirión, nos encontraríamos ante una imposibilidad categórica, puesto que todo derecho exigiría una titularidad y (obviamente el nacido no podría ejercerla) en este caso no puede haber titular.

¿Es preferible la no existencia a la existencia con algún tipo de sufrimiento o imperfección? Ya Tomás de Aquino se expresó hace siglos: «Aun cuando se engendre prole enferma, más vale existir así, que carecer de existencia en absoluto»²¹.

Por otra parte nos encontramos ante la grave dificultad de determinar cuáles serían los sufrimientos, enfermedades o imperfecciones que justificarían como preferible la no existencia; y sobre todo, discernir quién estaría legitimado y en base a qué criterio para establecer cuáles son esos sufrimientos, enfermedades o imperfecciones.

Hay autores que plantean el tema con gran crudeza. Así, dice Malherbe: «¿tenemos el derecho a dejar vivir mártires en nombre del respeto al ser minúsculo, ¿tenemos el derecho a hacer mártires en nombre del respeto a la vida?»²². Lo que yo me pregunto es si tenemos derecho a considerar mártires a estas personas, ¿No habíamos considerado ya como un principio el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas?

Continúa Malherbe: «¿tenemos, en algunos casos, el derecho de sacrificar por nuestra felicidad el respeto a la vida humana disminuida?, ¿tenemos el deber absoluto de sacrificar nuestra felicidad al respeto absoluto de la vida

²¹ *Summa. theol.*, Supl., q. 64, art. 1, ad 4.

²² MALHERBE, J.F., «Estatuto personal del embrión humano: ensayo filosófico sobre el aborto embriopático», en *La vida humana. Origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid/Instituto Borja de Bioética de Barcelona, Madrid, 1989, pp. 94 y 95.

humana?». ¿Quiere con ello inducirnos a pensar que ocuparse del cuidado de estas personas causa infelicidad? No digo que en ciertos casos no sea así, pero no parece ser esta la opinión de quienes a ello se dedican. Afirmar Tale en este sentido que las vidas de estas personas «son vidas con valor, ya sea en sí mismas, ya sea con referencia los demás»²³ y que la experiencia evidencia que llegan a dar sentido a las vidas de quienes les cuidan prodigándoles su amor y dedicación. En el mismo sentido plantea Bellver la conveniencia y necesidad de informar sobre los niveles de felicidad que dicen disfrutar las personas con síndrome de Down, sus padres y sus hermanos. Señala este autor lo especialmente llamativo del caso particular del síndrome de Down pues «por una parte la sociedad percibe el nacimiento de estas personas como una carga insoportable y una condena para los propios afectados», mientras que, «las evidencias más recientes al respecto ponen de manifestó que: una abrumadora mayoría de personas con síndrome de Down afirma tener unas vidas felices y realizadas; la inmensa mayoría de padres con hijos con síndrome de Down están felices con la decisión que tomaron de tener un niño con síndrome de Down y aseguran que sus hijos son una fuente de amor y orgullo; una amplia mayoría de los hermanos y hermanas de personas con síndrome de Down describen su relación con ellos como positiva y que les ayuda a ser mejores»²⁴.

2. *El pretendido derecho a no nacer con limitaciones físicas o psíquicas relevantes*

Este pretendido derecho a nacer sin limitaciones físicas o psíquicas entraña también una gran complejidad.

En primer lugar significaría, como señalan algunos autores, que es correcto y bueno y justo, un deber moral, utilizar todos los medios médicos y tecnológicos a nuestro alcance para conseguir la cura de los *nasciturus* que padecieran cualquier problema. Hasta aquí nada que objetar, todo lo contrario. El problema viene cuando no está al alcance del estado actual de la ciencia conseguir este objetivo.

La alternativa es o bien aceptar al niño con su discapacidad o bien no dejarle nacer. Estaríamos ante el aborto eugenésico que negaría al niño tal de-

²³ TALE, C., «La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (2005/2006), p. 172.

²⁴ BELLVER CAPELLA, V., «El consejo genético antenatal...», *op. cit.*, pp. 63, 81 y 82.

recho, aunque en este caso, y con base en las acciones de *wrongful life* se hable ahora del derecho a no nacer del que antes hablábamos.

Volvamos al derecho a nacer sin limitaciones físicas o psíquicas relevantes. Señala Emaldi Cirión que no parece que este derecho pueda deducirse de los artículos 15 y 43 de la CE que reconocen respectivamente el derecho fundamental a la integridad física y moral y el derecho a la protección de la salud. Por otra parte este pretendido derecho, como ha puesto de relieve la jurisprudencia norteamericana, entraría en conflicto, con el principio de «santidad de la vida», según el cual todas las vidas son buenas independientemente de sus condiciones. Pero ello a su vez entraría en conflicto con el llamado principio de «calidad de vida»²⁵, principio que, por el contrario, entiende que hay vidas que no merecen la pena ser vividas debido a que no cumplen con un mínimo de calidad a causa de alguna discapacidad del tipo que sea. Este principio abre también muchos interrogantes, puesto que es imposible establecer un listón objetivo que fije en qué punto empieza o termina esta calidad, y sobre todo plantea la cuestión de a quién y en base a qué correspondería fijar ese listón.

Un derecho de esta naturaleza supone el riesgo de una presión social de carácter eugenésico que pesaría sobre los padres, los médicos y los profesionales del diagnóstico prenatal. Si existiera el derecho a nacer sano y no hubiera alternativa estaríamos prácticamente convirtiendo el aborto en estos casos en un deber de los padres y del personal sanitario. En efecto señala Bellver que «se ha dicho, con razón, que los profesionales en el ámbito del diagnóstico prenatal, con frecuencia sin ser conscientes de ello, están presentando sus informaciones de tal manera que transforman el derecho a terminar con la gestación en algo que parece más bien una obligación de acabar con ella»²⁶. No es de extrañar, pues, que «los protocolos de detección de malformacio-

²⁵ Como señala Ángela Aparisi, en la concepción utilitarista de la dignidad la noción de «calidad de vida» ha venido a reemplazar al principio de la dignidad intrínseca de la vida. «Esta segunda concepción (la concepción utilitarista de la dignidad) tiene un origen más reciente y se apoya, en gran medida, en el auge actual, especialmente en el ámbito sanitario de la noción de «calidad de vida». En los últimos años, esta visión se ha extendido al ámbito moral y jurídico a raíz, especialmente, de determinados debates sociales, como, por ejemplo, el relativo a la despenalización del aborto eugenésico o la eutanasia. De este modo, en ocasiones se ha permitido que un concepto que es, básicamente, un parámetro descriptivo o estadístico, pase, incluso, a reemplazar al principio de la dignidad intrínseca de la vida». APARISI MIRALLES, A., «Dignidad humana y nuevos derechos», en SANTOS, J.A.; ALBERT, M. y HERMIDA, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016.

²⁶ BELLVER CAPELLA, V., «El consejo genético antenatal...», *op. cit.*, p. 80.

nes congénitas que han aprobado muchas comunidades autónomas en España más parezcan pensados para reducir el número de nacimientos de bebés con síndrome de Down y otras patologías congénitas, que para facilitar la decisión libre de las parejas y, en su caso, proporcionar las ayudas socio-sanitarias necesarias para llevar adelante la gestación y la crianza de estos niños»²⁷.

IV. LA INCUESTIONABLE IGUAL DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE SU CONSIDERACIÓN. CONTRASTE CON EL ABORTO EUGENÉSICO

La posibilidad de que pueda haber lugar a indemnizaciones por daños morales o patrimoniales causados por el nacimiento de una persona con discapacidad, que es lo que significa la admisión de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, debe llevarnos a considerar que, como ya puso de relieve el Comité Consultivo Nacional de Ética francés en su informe sobre el caso Perruche, en todos los casos en los que se produce el nacimiento de un niño discapacitado, ocurra ello por un error médico, porque la anomalía sea imprevisible, o porque los padres correctamente informados así lo han decidido conscientemente, es importante que la respuesta de la sociedad sea idéntica. En estos casos hay que buscar soluciones humanas y concretas a los problemas que puedan tener estas personas, ante su soledad y sufrimiento, sobre todo en los casos en los que sus limitaciones sean más profundas. Es una exigencia no sólo de solidaridad, sino también de justicia, entendida en su acepción básica de dar a cada cual lo suyo, siendo en este caso «lo suyo» lo que necesitan.

El sufrimiento moral y los perjuicios económicos se producen en todos los casos: tanto si los padres, de haber conocido la condición del hijo hubieran optado por interrumpir el embarazo, como en el supuesto de que los padres hayan querido traer al mundo un hijo en esas circunstancias. Por otra parte, como ya hemos señalado, estas personas, como las demás, también son ‘un valor para sus semejantes’, por lo que todas ellas tienen derecho a ser acogidas

²⁷ ID., «Por un debate constructivo sobre el aborto», *Claves de Razón Práctica*, 233 (marzo-abril 2014), pp. 63 y 64. En este sentido confróntese también RODRÍGUEZ MARTÍN, E., «La extensión de la eugenesia en el ámbito sanitario español a través del diagnóstico prenatal», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 1 (2012); y también MÉRIDA DONOSO, S., «Veinticinco años de cribado eugenésico en España», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 1 (2012).

e integradas en la sociedad aun con el coste económico y emocional que ello pueda suponer.

Urge entonces repensar el valor y la dignidad de la vida humana con sufrimiento.

1. *El proceso de humanización en la consideración de las personas con discapacidad*

Un ejemplo de ese repensar el valor de la vida humana con sufrimiento lo constituye, a mi parecer, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 21 de abril de 2008. En particular, la convención merece un reconocimiento por la defensa cerrada de la igualdad²⁸ y el derecho a la vida de las personas con discapacidad.

En cuanto a este último derecho, que es el que nos interesa en esta investigación, el artículo 10 de este documento es inapelable. En el mismo se establece de manera breve y contundente: «*Artículo 10, Derecho a la vida: Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.*» La vida de las personas con discapacidad estaba ya protegida, como resulta obvio, tan-

²⁸ Entre los principios generales de la convención el artículo 3 menciona la igualdad de oportunidades y la no discriminación. El Artículo 5 se refiere expresamente a la igualdad y la no discriminación: «*Artículo 5 Igualdad y no discriminación: 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*» Por su parte el artículo 6 hace una referencia expresa a la discriminación que sufren las mujeres y las niñas con discapacidad: «*Artículo 6 Mujeres con discapacidad: 1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.*»

to por el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como por el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se enmarca dentro del llamado proceso de especificación de los derechos humanos, al que antes aludíamos y que, como es bien sabido, consiste en una mayor determinación y concreción de los sujetos titulares de los derechos humanos, refiriéndose a categorías específicas de personas, porque no hay un modelo paradigmático de ser humano, de titular de derechos, sino que todos los seres humanos con nuestra específica manera de ser y nuestras diversas situaciones vitales participamos de una común humanidad que nos hace acreedores de dichos derechos²⁹. La mayor concreción del titular de los mismos, con esa referencia a categorías específicas de personas, respondería a la necesidad de éstas de un tratamiento especial en atención a que se encuentran en una posición social desventajosa, de particular desprotección e indefensión³⁰. Ese ha sido el caso de las personas con discapacidad, que a lo largo de la historia han padecido una particular situación de abandono y desvalimiento.

En efecto la consideración y el tratamiento que han recibido las personas con discapacidad ha seguido una evolución notable cuyo punto de partida ha sido el total abandono y el consiguiente desamparo de estos seres. En efecto, como ha puesto de manifiesto Seoane, la consideración de las personas con discapacidad y la concepción de la misma discapacidad han ido evolucionando a través de la historia, afortunadamente, en el sentido de su humanización, vi-rando así, «de la ignorancia y la marginación a su presencia y participación en la sociedad. Del silencio y el monólogo al diálogo. De la atención preferente a lo adjetivo (la existencia de una discapacidad) se ha pasado a comenzar por lo sustantivo (la condición de persona). De una beneficencia paternalista al reconocimiento de la dignidad y los derechos de la persona con discapacidad como un ciudadano más. De un enfoque basado en la patología a un enfoque positivo e integral: reconocimiento de la discapacidad y promoción de la salud como capacidad básica para la vida en sociedad y el bienestar de todos los ciudadanos»³¹. El proceso ha girado pues, desde la negación de la condición de personas a los seres con discapacidad (lo que llevó a su rechazo y exclusión,

²⁹ VIOLA, F., *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 57.

³⁰ Sobre el proceso de especificación de los derechos humanos véase BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. De Asís, Sistema, Madrid, 1991.

³¹ SEOANE, J.A., «¿Qué es una persona con discapacidad?», *ÁGORA Papeles de Filosofía*, 30/1: 143-161 (2011), p. 144.

a su consideración de animales salvajes), hasta el pleno reconocimiento de su personalidad y su total integración en la sociedad.

Esta evolución se ha producido a través de varios modelos, y aunque recientemente la historia de la discapacidad ha pretendido explicarse desde la dialéctica entre los modelos médico y social³², antes de ellos, la discapacidad, obviamente, ya existía y recibía un determinado tratamiento y con posterioridad a estos dos modelos han surgido otros que han ido más allá³³. El modelo médico ha considerado la discapacidad como patología individual. El modelo social como construcción y opresión social. Más allá de estos dos modelos estarían el modelo biopsicosocial, que considera la discapacidad como un fenómeno multidimensional³⁴ y el modelo de la diversidad, que la contempla como diferencia e identidad³⁵.

El último modelo que se ha abierto camino en el terreno de la conceptualización de la discapacidad es el llamado modelo de los derechos humanos, cuyo punto de partida es la dignidad de la persona con discapacidad, que es igual a la de las demás personas, considerando esta dignidad como fundamento de los derechos humanos de todas las personas³⁶.

³² Sobre el modelo social pueden consultarse: PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008; y también MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *Derechos fundamentales y Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2015.

³³ En la obra de Seoane anteriormente mencionada, este autor propone una primera fase que abarca hasta el siglo XVIII y que llama «de exclusión». En ella incardina a los siguientes modelos: Un primer *modelo moral* que se refiere al tratamiento de la discapacidad en la Biblia y la Antigüedad. Un segundo modelo que denomina *de la prescindencia* en el que diferencia un *submodelo eugenésico* practicado en Grecia y Roma, y un *submodelo de la marginación*, el propio de la Edad Media. Durante esta fase «La deformidad y la deficiencia se consideran una expresión de desorden y, por tanto, de algo antinatural, malo, feo y enfermo; y también, en otras culturas tradicionales, como signo de alejamiento de Dios, como desgracia o castigo divino. La consecuencia es la negación de la condición de persona y su exclusión o supresión, bien mediante su desaparición física, bien apartándola de la vida social» (p. 145). A finales del siglo XVIII comenzaría una segunda fase «de reclusión», que lleva al encierro de estas personas en asilos, reformatorios y manicomios, institucionalizando su condición y tratándolos como animales domésticos y adquiriendo la categoría de seres humanos aunque enfermos. El pleno reconocimiento de su humanidad se dará en la tercera fase la «de integración y normalización», fase que se inicia en los años sesenta del siglo XX.

³⁴ «La discapacidad es un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social, que integra los diversos factores de funcionamiento y discapacidad junto a los factores ambientales que interactúan con ellos». SEOANE, *op. cit.*, p. 148.

³⁵ «... sobre todo, subraya el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social». *Ibid.*, p. 149.

³⁶ «El modelo de los derechos culmina normativamente el proceso de humanización de la persona con discapacidad. Su punto de partida es un principio categórico e incondicionado, fundamento

2. *La progresiva pérdida de protección del nasciturus con discapacidad*

En paradójico contraste con la evolución seguida por la consideración social de las personas con discapacidad, que ha ido desde su rechazo e incluso eliminación a la plena inclusión y la defensa de su igual dignidad, la evolución de la consideración de estas mismas personas antes de su nacimiento ha seguido el proceso inverso en líneas generales.

Desde final de la Edad Media, el aborto, todo aborto, sin distinción de la causa que lo provocara, se condenaba como un tipo de homicidio. En España, hasta el siglo XIX se aplicó la Ley VIII del Título Octavo sobre homicidios, de la VII Partida³⁷. En ella se castigaba como homicidas tanto a la mujer gestante como a cualquier otra persona que interviniese causando la muerte del *nasciturus*, sin excepciones, «pero sí (con) una gradación de la pena en función de si el concebido no nacido estaba o no vivo, es decir, animado»³⁸.

Con el proceso codificador, los sucesivos códigos penales, siempre habían considerado el aborto como un delito.

La primera despenalización del aborto en España tuvo lugar solo en Cataluña a través de un Decreto de Presidencia de 25 de diciembre de 1936 que posteriormente se complementó con la Orden del Departamento de Sanidad y Asistencia Social de 1 de marzo de 1937, conformando ambas normas «un marco regulatorio un tanto confuso y con ciertas lagunas»³⁹. Esta normativa

de todos los derechos: la dignidad de la persona con discapacidad, al igual que la de cualquier otra persona. El derecho no crea, sino que reconoce la personalidad: todo ser humano merece el reconocimiento de su condición de persona. Toda persona es sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica, que implica ser titular de derechos y obligaciones y sujeto de relaciones jurídicas. En suma, la persona con discapacidad es, y no puede no ser, un sujeto de derecho. Esta rotundidad teórica y normativa en el reconocimiento jurídico de la condición personal y su equiparación con el resto de personas convierte al modelo de los derechos en una propuesta conceptual diferente y atractiva para el tratamiento de la discapacidad». *Ibid.*, p. 151. Véase también de este mismo autor, «Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma», *Siglo Cero* 35/1 (2004), pp. 20-50. Por otra parte considero interesante advertir, que algunos autores parecen haber identificado los dos últimos modelos, el modelo social y el de los derechos. En ese sentido podríamos citar la obra de Martínez-Pujalte indicada en el pie de página 28 así como un trabajo de J. A. VICTORIA MALDONADO titulado precisamente «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos» y publicado en la *Revista de Derecho UNED*, en 2013.

³⁷ CAPODIFERRO CUBERO, D., «La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa», *Anuario da Facultade de Dereito da UDC*, vol. 20 (2016), pp. 72-97.

³⁸ *Ibid.*, p. 81.

³⁹ *Ibid.*, pp. 82 y ss.

distinguió ya entre aborto terapéutico, eugenésico y ético, sin contemplar límite de tiempo en el caso del aborto terapéutico, pero sí un plazo de 3 meses en los casos de aborto eugenésico y ético⁴⁰. Sobre el mencionado Decreto de la Generalidad, Ruiz Salguero (et al.) comentan que «fue impulsado por el movimiento anarquista, representado en el gobierno por Félix Martí Ibáñez, médico que desempeñó el cargo de Subdirector de Sanidad de la Generalitat. El aborto se despenalizaba principalmente por razones eugenésicas –se buscaba evitar el nacimiento de niños no deseados, por ser probables seres condenados al desprecio y abandono de sus progenitores– y de salud pública –para evitar el «curanderismo asesino» y que las clases pobres pudieran controlar, sin riesgo la natalidad–. Esta reforma pretendía evitar el aborto clandestino en Cataluña y sus consecuencias de morbilidad y mortalidad. Se admitía el aborto basado en consideraciones eugenésicas, terapéuticas y personales: en este último caso solo se requería la petición de la interesada, incluso en menores de edad»⁴¹.

Tras la guerra civil, el Código Penal de 1944 protegió a todo *nasciturus*, castigando el aborto como delito, independientemente de su viabilidad o del momento de la gestación. Se sigue regulando la atenuante que ya contemplaban los códigos penales anteriores para aquellas mujeres que hubieren abortado con la finalidad de proteger su propia honra, atenuante que se extiende también a sus progenitores⁴².

La LO 9/1985, de 5 de julio introdujo un nuevo art. 417 bis del Código Penal⁴³ con el que se despenalizaba el aborto en tres supuestos: 1) cuando exis-

⁴⁰ A propósito de la despenalización del aborto en Cataluña durante la Guerra Civil, véase también HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., *El aborto en España. Análisis de un proceso socio-económico*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

⁴¹ RUIZ SALGUERO, M.T. et al., *Anticoncepción y salud reproductiva en España: crónica de una (r)evolución*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2005, pp. 44-45.

⁴² CAPODIFERRO CUBERO, D., *op. cit.*, pp. 82 y ss.

⁴³ Artículo 417 bis del CP introducido por la LO 9/1985: No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

tiera un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; 2) cuando el embarazo fuese consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación; 3) cuando se presumiera que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas. En concreto el artículo 417 bis 1-3.º decía literalmente:

«Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto».

Obsérvese que esta regulación no preveía plazo para la realización del aborto terapéutico, establecía un plazo de 12 semanas para el ético y de 22 semanas para el eugenésico. Es decir, la vida de la madre recibía una protección de carácter absoluto frente al feto. La vida del feto cuando se presumía que tenía alguna discapacidad recibía una menor protección que el *nasciturus* consecuencia de una violación. Es de destacar que con esta regulación no hacía falta que se tuviera certeza de las taras del no nacido, bastaba con presumirlas, a pesar del dictamen de los dos especialistas que exige la ley.

En todo caso se produjo una desprotección de la vida del *nasciturus* y los plazos exigidos para cada motivo de despenalización evidenciaban una menor valoración de la vida del *nasciturus* con discapacidad.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo introdujo una nueva regulación del aborto. Se da con esta ley un cambio sustancial en lo que a la protección de la vida de los no nacidos se refiere. En efecto, la regulación del aborto ya

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

no se produce en el marco de la protección penal de la vida a través de la despenalización del aborto con el sistema de indicaciones, sino que se establece un sistema de plazos cuyo punto de partida es la libre autodeterminación de la mujer y de sus derechos sexuales y reproductivos. Ha desaparecido toda referencia a la obligación del Estado de velar por la vida de los no nacidos. El aborto ha pasado de ser un delito despenalizado en determinados supuestos a ser un derecho de las mujeres encuadrado en el ámbito de los llamados derechos sexuales y reproductivos⁴⁴. Además, como indica el artículo 12, que evidencia el carácter ideológico de esta ley, las condiciones de acceso al aborto «se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación».

El artículo 14 regula el aborto a petición de la mujer dentro de las primeras 14 semanas de gestación⁴⁵. El plazo se aumenta hasta 22 semanas para el llamado aborto terapéutico en el artículo 15 a)⁴⁶. (Recuérdese que en la regulación de la LO 9/1985, el aborto terapéutico no tenía plazo). También se contempla el aborto eugenésico en el mismo artículo 15, según el cual podrá interrumpirse el embarazo cuando concurra la siguiente circunstancia: «b) que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de

⁴⁴ Sobre este cambio de orientación consúltese GÓMEZ MONTORO, A.J., «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 102 (mayo-agosto, 2018), pp. 58 y ss.

⁴⁵ Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Véase también SÁNCHEZ CÁMARA, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 1 (2012).

⁴⁶ Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija». Y no se exige plazo ninguno «c) cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico». En todos estos casos la decisión de llevar a cabo la interrupción del embarazo corresponde únicamente a la madre, tras los dictámenes médicos correspondientes.

La última regulación del aborto eugenésico distingue pues tres supuestos distintos. El primero de ellos se refiere al caso en que en el feto existan graves anomalías. Para este supuesto existe un plazo de 22 semanas, es decir el mismo plazo que contemplaba el anterior artículo 417 bis. Este último artículo hablaba de un feto con graves taras físicas o psíquicas. La expresión «graves anomalías» del nuevo artículo 15 de la ley de 2010 es más ambigua, pero cabría pensar que se está refiriendo a las mismas taras físicas o psíquicas, aunque nada lo confirma. El segundo supuesto de aborto eugenésico sería el que concierne a las anomalías fetales incompatibles con la vida, esto es, al no nacido que de todos modos se espera que fallezca después del nacimiento. Se podría equiparar a la enfermedad terminal. Por último el artículo alude al feto que padece una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico. Este último caso podría parangonarse con la enfermedad crónica grave. Para los dos últimos supuestos de aborto eugenésico, la nueva ley, por primera vez en nuestro ordenamiento, no prevé plazo alguno. Es la primera vez que la vida del feto enfermo carece por completo de protección.

Si recapitulamos, podremos observar cómo la protección de los no nacidos que padecen alguna discapacidad ha ido decreciendo en nuestro ordenamiento. De la protección total que se le había dispensado a través de la protección de la vida en los primeros códigos penales con la figura del delito de aborto, a la posibilidad de la interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación por voluntad de la mujer embarazada, entendida tal voluntad como el ejercicio de un derecho.

Quisiera destacar el contraste entre esta evolución del aborto eugenésico y la evolución de la consideración de las personas con discapacidad. Es paradójico que mientras se ha ido creciendo en el reconocimiento de la igual dignidad y derechos de estas personas, se les haya ido negando paralelamente

tal dignidad y derechos cuando todavía no han nacido. Una sociedad que ha sido capaz de cambiar de actitud frente a la discapacidad y valorar de manera positiva las diferencias que presentan estas personas, les niega esa misma mirada positiva cuando todavía no han nacido.

El Comité de Bioética de España ha tenido ocasión de manifestarse sobre el aborto eugenésico en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada⁴⁷. En dicho informe «valora positivamente que el Anteproyecto suprima la discriminación en la valoración de la vida naciente en atención a la posible discapacidad futura del *nasciturus*, tal como ocurre en la legislación vigente».

El Comité argumenta para ello de la siguiente manera. En primer lugar considera que el argumento de la STC 53/85 que estaba en la base de la consideración de la constitucionalidad del aborto eugenésico regulado por el desaparecido artículo 417 bis del CP (y que como hemos visto estuvo vigente entre 1985 y 2010) ya no se sustenta. En efecto en su FJ11 el TC argumentaba que «en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982, relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) (se) contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización». Considera el Comité que tanto la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, han contribuido de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización del aborto.

En segundo lugar el Comité entiende que la consideración de la discapacidad en nuestro país ha evolucionado en las últimas décadas desde el modelo médico al modelo social, lo cual supone un cambio sustancial de enfoque que valora muy positivamente. Partiendo de este dato el Comité considera que

⁴⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, «Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada», Disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf>

«aceptar el aborto por el riesgo de una futura discapacidad supone la regresión a una concepción de la discapacidad anacrónica y, sobre todo, discriminatoria».

Por último, el Comité, con respecto al artículo 15 de la actualmente vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que como hemos visto contiene la regulación del aborto eugenésico en España, es tajante: «Entendemos que, puesto que la razón que justifica la despenalización del aborto en los supuestos mencionados es la existencia de una anomalía en el feto, nos encontramos ante una norma discriminatoria, que atenta contra la Constitución española y contra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que perpetúa un enfoque inadmisibles de la discapacidad».

Por otra parte considero interesante traer a colación, como ha hecho el Comité de Bioética de España, las consideraciones que el Comité de Derechos de las Persona con Discapacidad hizo públicas sobre el informe presentado por España sobre el grado de cumplimiento en nuestro país de la convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁸. La valoración es positiva con carácter general, pero reprocha a España el tratamiento de la discapacidad en la regulación vigente sobre el aborto.

V. CONCLUSIONES

El respeto a la vida y su protección constituyen una exigencia básica de justicia que tiene un amplio y claro reconocimiento así como garantías en los tratados internacionales de derechos humanos. Desde una concepción del Derecho como no discriminación y no violencia, como limitación del poder de los fuertes ante la fragilidad de los débiles, este respeto adquiere dimensiones de mayor calado y necesidad.

El hecho de que las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* hayan sido estimadas por los tribunales de diversos países de nuestro ámbito jurídico ha creado la posibilidad de considerar la vida de los no nacidos que tienen alguna discapacidad (en concreto, graves anomalías, anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable, por lo que a nuestro ordenamiento se refiere) como un daño moral y patrimo-

⁴⁸ Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Sixth session, 19-23 September 2011: Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention

nial resarcible. Ello, de alguna manera, afectaría a su dignidad y personalidad, supondría considerar sus vidas como menos valiosas y menos dignas de protección, por lo que chocaría frontalmente con esa obligación de proteger esas vidas como una exigencia básica de justicia.

En este contexto, que obviamente exige legislaciones que permitan el aborto eugenésico, debe reflexionarse sobre el contraste entre la evolución humanizadora en la consideración de las personas con discapacidad, y la tendencia a desproteger la vida del *nasciturus* discapacitado.

Mientras que el trato recibido por las personas discapacitadas ha virado desde el total rechazo a la plena aceptación, de la eliminación, marginación o exclusión a la plena integración y reconocimiento de su igual dignidad y derechos, la consideración de los no nacidos que padecen una discapacidad ha seguido un proceso inverso de mayor exclusión y desprotección. Las legislaciones amparan su eliminación con mayores facilidades.

Creo que ello afecta a las personas nacidas con discapacidad de alguna manera, pues en el fondo se les transmite el mensaje de que si viven serán tratados como uno más, pero que se considera que sería mejor que no vivieran, que sería mejor que no existieran, que sus vidas en el fondo se siguen considerando de menor entidad. El reconocimiento de la igual dignidad de estas personas, la total inclusión e integración en la sociedad, solo se puede lograr de manera plena si su protección se extiende a todos los momentos de su existencia.

VI. LISTA DE REFERENCIAS

- APARISI MIRALLES, A., «Dignidad humana y nuevos derechos», en SANTOS, J. A.; ALBERT, M. y HERMIDA, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares, 2016.
- BALLESTEROS, J., «El Derecho como no discriminación y no violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 17 (1973-1974), pp. 159-166.
- BELLVER CAPELLA, V., «El consejo genético prenatal: derechos y buenas prácticas», en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Hacia una nueva medicina: consejo genético*, Comares, 2014.
- «Por un debate constructivo sobre el aborto», *Claves de Razón Práctica*, 233 (marzo-abril 2014).
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. De Asís, Sistema, Madrid, 1991.
- CAPODIFERRO CUBERO, D., «La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa», *Anuario da Facultade de Dereito da UDC*, vol. 20 (2016), pp. 72-97.
- CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., «Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», en FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (eds.), *Protección de*

- personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-204.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 10 (1999).
- DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P., en «Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto», *Rev. boliv. de derecho*, n.º 17 (enero 2014).
- EMALDI CIRIÓN, A., *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2001.
- GARIBO, A.P., «La vida como daño en las acciones de wrongful birth y de wrongful life. La necesidad de una nueva actitud del dolor y la vulnerabilidad», en F. J. de Lucas Martín, E. J. Vidal Gil, E. Fernández Ruiz-Gálvez, V. Bellver Capella (coords.), *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, vol. 2, Tirant lo Banch, Valencia, 2018.
- GÓMEZ MONTORO, A.J., «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 102 (mayo-agosto, 2018).
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., *El aborto en España. Análisis de un proceso socio-económico*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1992.
- MACÍA MORILLO, A., «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life», *Revista de Derecho* n.º 27, Barranquilla (2007).
- «El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo», *RJUAM*, n.º 23 (2011-I).
- «Una visión general de las acciones de responsabilidad por wrongful birth y wrongful life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid AFDUAM*, 10 (2006).
- MALHERBE, J.F., «Estatuto personal del embrión humano: ensayo filosófico sobre el aborto embriopático», en *La vida humana. Origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid/ Instituto Borja de Bioética de Barcelona, Madrid, 1989.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003» *InDret, Working Paper* n.º 217, Barcelona, abril de 2004.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.
- MATÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a las STS 7.6.2002», *CC7C*, n.º 60/2002.
- MÉRIDA DONOSO, S., «Veinticinco años de cribado eugenésico en España», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1ª.
- MONCADA MIRANDA, A.; AEDO BARRERA, C. y COLEMAN VEGA, L., «Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno», *Revista Ius et Praxis*, Año 21, n.º 1 (2015).
- MORRIS, A. y SAINTIER, S., «To be or not to be: is that the question? Wrongful life and Misconceptions», *Medical Law Review*, 11, Summer 2003, Oxford University Press 2003.

- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- PAÑOS PÉREZ, A., «Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life», *Diario La Ley*, N.º 8396, Sección doctrina, 10 de octubre de 2014.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, E., «La extensión de la eugenesia en el ámbito sanitario español a través del diagnóstico prenatal», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1ª.
- ROMERO COLOMA, A. M., «Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad médica)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722 (2010).
- RUIZ SALGUERO, M.T. et al., *Anticoncepción y salud reproductiva en España: crónica de una (r) evolución*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ CÁMARA, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, XXIII (2012/1º).
- SEOANE, J.A., «Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma», *Siglo Cero* 35/1 (2004), pp. 20-50.
- SEOANE, J.A., «¿Qué es una persona con discapacidad?», *ÁGORA. Papeles de Filosofía* 30/1 (2011) 143-161.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P., «Diálogo intercultural y universalidad de los derechos», *IUS, Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, México, Año V, n.º 28 (julio-diciembre de 2011).
- TALE, C., «La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (2005/2006).
- VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente», *REDS*, n.º 3 (septiembre-diciembre 2013).
- VICTORIA MALDONADO, J.A., «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos», *Revista de Derecho UNED* (2013).
- VIOLA, F., *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999.